
«Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari». Note sull'origine e sull'utilizzazione del principio tra medioevo e prima età moderna

«*Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari*».

*Notes on the origin and use of the principle from the Middle Ages to the early Modern era**

RECIBIDO: 4 DE SEPTIEMBRE DE 2012 / ACEPTADO: 22 DE OCTUBRE DE 2012

Orazio CONDORELLI

Professore ordinario di Diritto Canonico
Università degli Studi di Catania
ocondorelli@lex.unict.it

Resumen: El principio enunciado en el título aparece entre las *regulae iuris* situadas al final del Liber Sextus de Bonifacio VIII. Encuentra su origen en el derecho privado recogido en el corpus justiniano, y pasó al campo del derecho público a través del *ius decretalium*. El principio fue usado durante siglos como argumento jurídico y racional en las discusiones sobre la dinámica del ejercicio del poder, tanto dentro de la Iglesia como en el ámbito de las instituciones seculares. Las reflexiones de los juristas (así como de los filósofos, teólogos y escritores políticos) situaron el principio entre los instrumentos y procedimientos que hacen posible la participación de la comunidad (a través de sus representantes) en el gobierno de la res publica: la aprobación de los miembros se concibe como un límite del poder de quien ostenta el gobierno de la comunidad. En las elaboraciones teóricas el principio de la participación y de la aprobación se ve como derivación de la razón: pertenece a la esfera del derecho natural o al *ius gentium*.

Palabras clave: Gobierno eclesástico; Gobierno secular; consentimiento o aprobación; participación; *ius commune*; Medioevo y primera edad moderna.

Abstract: The principle enunciated in the title appears among the *regulae iuris* placed at the end of the Liber Sextus of Boniface VIII. It originates from the private law of Justinian, and shifted to the field of public law through the *ius decretalium*. The principle was used for centuries as a legal and rational argument in discussions on the dynamics of the exercise of government power, both in the Church and in secular institutions. The jurists (as well as philosophers, theologians, and political writers) placed the principle among the tools and procedures that enable the participation of the community (through its representatives) in the government of the res publica: the consent of the subjects is conceived as a limit to the power of anyone who has the government of the community. The principle of participation and consent is seen to descend from reason: it belongs to natural law or to the *ius gentium*.

Keywords: Church government; secular government; consent; participation; *ius commune*; medieval and early modern ages.

* Relazione presentata al Convegno di studio *Constitutionalism in Europe before 1789* (Università di Bergen, 25-26 aprile 2012). Una versione in inglese sarà pubblicata negli atti del Convegno.

1. PREMESSA. UNA *REGULA IURIS* DEL *LIBER SEXTUS*

Sin dalle sue origini la scienza giuridica medievale ha prestato attenzione al tema della partecipazione dei componenti di una comunità –sia essa politica o ecclesiastica– alle decisioni che riguardano la comunità stessa. Il contributo del pensiero giuridico alla elaborazione teorica dei modelli di partecipazione e agli sviluppi pratici di tali modelli può essere indagato sotto molteplici punti di vista. Intendo trattare il tema a partire dal principio enunciato nel titolo: «quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari». In questa formula esso compare tra le *regulae iuris* poste alla conclusione del *Liber Sextus* di Bonifacio VIII (1298)¹. Il principio, tuttavia, ha una storia ben più antica, perché lo vediamo circolare a partire dalla seconda metà del secolo XII. Esso fu utilizzato per secoli quale argomento giuridico e razionale nelle discussioni sulle dinamiche dell'esercizio del potere di governo.

2. IL PRINCIPIO «QUOD OMNES TANGIT»: DALLE ORIGINI ROMANE ALLA UTILIZZAZIONE NELLA PRASSI DI GOVERNO ECCLESIASTICA E NELLA DOTTRINA CANONISTICA (SEC. XII-XIV)

Il principio in questione trae la sua origine dal diritto privato giustiniano. I giuristi medievali lo trovavano formulato in una costituzione, tramandata dal *Codex*, riguardante la tutela. Essa stabilisce che, quando i tutori stanno amministrando congiuntamente il patrimonio dello stesso pupillo, la loro amministrazione congiunta può essere terminata solo il consenso di tutti: «Tunc etenim, sive testamentarii sive per inquisitionem dati sive legitimi sive simpliciter creati sunt, necesse est omnes suam auctoritatem praestare, ut, quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur»². Queste ultime parole erano idonee a essere estratte dal loro contesto originale, perché esprimevano un principio pronto a essere applicato in situazioni diverse. Al culmine di questo processo di depurazione, il principio fu canonizzato tra le *regulae iuris* del *Liber Sextus*. Non è un caso che dal diritto giustiniano il principio sia approdato a una compilazione legislativa della Chiesa. Infatti proprio la scienza canonistica fu il principale tramite della diffusione del principio nel discorso giuridico, politico e teologico.

L'utilizzazione del principio è attestata da alcuni scritti canonistici degli ultimi due decenni del secolo XII. La anonima *summa Reverentia sacrorum ca-*

¹ VI.5.[13].29.

² C.5.59.5.2, *de auctoritate praestanda*, l. *Veterem dubitationem*.

nonum, di scuola francese (1183-1192), menziona il principio trattando della questione del papa eretico (*a fide devius*): poiché ciò che è buono e riguarda tutti da tutti deve essere approvato, allo stesso modo l'eresia, che è un male, riguarda tutti i giudici della Chiesa, e quindi da tutti (forse) dovrebbe essere condannata³. Ma fu attraverso la *Summa decretalium* di Bernardo da Pavia che il principio guadagnò ampia diffusione nel contesto della scienza giuridica. Bernardo utilizza il principio nel quadro delle questioni riguardanti il governo della diocesi, i rapporti tra vescovo e capitolo cattedrale, le procedure decisionali del capitolo: «Sciendum est igitur, quod in his quae a capitulo fieri vel ordinari debent, omnium consensus est requirendus, ut quod omnes tangit ab omnibus comprobetur»⁴. Il capitolo cattedrale rappresenta una sorta di microcosmo, nel quale si compendiano problemi di carattere generale. In quale modo si forma la volontà delle persone giuridiche collegiali? In quale modo gli appartenenti a una comunità o a un collegio (*universitas, collegium*) possono esprimere il loro consenso o dissenso su un particolare materia? Il principio *quod omnes tangit* (= *qot*) fornisce una soluzione: le questioni che riguardano tutti, devono essere trattate e decise da tutti. Come vedremo più avanti, i giuristi si impegnarono a chiarire il significato e le conseguenze giuridiche del principio. Esso esprime una esigenza presente nella vita della Chiesa (e ovviamente delle comunità politiche), che le fonti del secolo XII esprimono in modo vario, non solo al livello della elaborazione dottrinale, ma anche delle

³ «Set nunquid metropolitanus vel episcopus alius in eum (*scil.* papam) animadvertere posset? Quod forte videtur, quia heresis omnes ecclesie iudices tangit, et quod omnes similiter tangit ab omnibus, sicut si bonum est debet probari, ita si malum est improbari, ut colligi potest ex eo quod dicitur in C. de auctoritate l. ult. Tutius tamen videtur...». Edizione integrale del testo in B. TIERNEY, *Pope and Council: Some New Decretists Texts*, Medieval Studies 19 (1957) 197-218 (216); ora in IDEM, *Church law and Constitutional Thought in the Middle Ages* (Collected Studies Series, 90), Variorum, 1979, n. II.

⁴ Bernardi Papiensis Episcopi Faventini, *Summa decretalium*, ed. E.A.T. LASPEYRES, J. Manz, 1860, 75: Comp.I 3.10, *de his, quae fiunt a maiori parte capituli*: «Dictum est, quod negotia episcopalia consilio canonicorum sint facienda. Sed quoniam ea, quae a fratrum capitulo fiunt, universitatis consilium requirunt, videamus de his quae fiunt a maiori parte capituli; saepe namque contingit, ut qui inter canonicos sunt minoris valentiae aut discretionis, plus moveant seditionis et deterior rota discordet a plastro. § 1. Sciendum est igitur, quod in his quae a capitulo fieri vel ordinari debent omnium consensus est requirendus, ut quod omnes tangit ab omnibus comprobetur, ut arg. Dig. de aqua pluvi. arc. In concedendo (8) et Cod. de auctor. praest. l. ult. Si tamen minor pars maioris partis ordinationi resistit, sive appellet sive non, praevalet quod fit a maiori parte, nisi minor rationabilem causam sui dissensus ostendat, ut infra eod. c. 1; maiori namque parti concedendum est, ut Dist. LXV c. 1. 2. et 3 et Cod. de decurion. Nominationem (46) et Dig ad municip. Quod maior (19)».

pratiche di governo. Relativamente a questo tema, è stata messa in luce una significativa documentazione proveniente dalla Francia meridionale⁵. Essa riguarda i conflitti intercorsi tra il capitolo di Maguelone e i vescovi succedutisi sulla cattedra episcopale di quella diocesi. In una decretale risalente agli anni 1167/1169, ad esempio, Alessandro III dava istruzioni alle parti in causa, enunciando la regola che le questioni che riguardano l'utilità comune devono essere trattate e decise con una comune deliberazione: «ut communi deliberatione tractetur quod ad communem utilitatem attendit»⁶. È evidente che tale regola esprime la medesima esigenza rappresentata dal principio *got*. Questo compare esplicitamente in un documento del luglio 1200 a proposito di una decisione collegiale del capitolo di Maguelone: «et ne ambiguitas altercationum futuris temporibus penitus sit explosa, rationi fuit consentaneum ut quod omnes tangebant, in ecclesiae capitulo ab omnibus comprobetur»⁷.

Tra la fine del secolo XII e gli inizi del XIII il principio *got* ha ampiamente consolidato la sua presenza nel linguaggio dei papi legislatori e dei giuristi. Innocenzo III, ad esempio, lo utilizza per fondare e rafforzare una sua decisione riguardante la collaborazione tra un vescovo e l'arcidiacono nella scelta o nella rimozione dei *decani rurales*: «Ad hoc breviter respondemus, quod, quum iuxta imperialis sanctionis auctoritatem ab omnibus quod omnes tangit approbari debeat, et quum commune eorum decanus officium exercent, communiter est eligendus, vel etiam amovendus»⁸.

Al tema della partecipazione nel governo ecclesiastico attiene anche la decretale *Etsi membra* di Onorio III⁹. Essa prende le mosse dalle rimozioni

⁵ A. GOURON, *Aux origines médiévales de la maxime "Quod omnes tangit"*, in J. L. HAROUËL (dir.), *Histoire du droit social. Mélanges en hommage à Jean Imbert*, Presses Universitaires de France, 1989, 277-286, ora in IDEM, *Droit et coutume en aux XII^e et XIII^e siècles* (Collected Studies Series, 422), Variorum, Aldershot - 1993, n. XIII.

⁶ J. L. 11462: edizione in J. ROQUETTE - A. VILLEMAGNE, *Bullaire de l'Eglise de Maguelone. I. 1030-1216*, Louis Valat, Montpellier 1911, n. 83, 121-125 (124): «ad munitionis custodiam, cum consilio prepositi et sanioris partis capituli, episcopus personam inveniet, et claves ei committet, ut communi deliberatione tractetur quod ad communem utilitatem attendit».

⁷ Edizione in J. ROQUETTE - A. VILLEMAGNE, *Cartulaire de Maguelone*, I, Louis Valat, Montpellier 1912, n. 257, 453-463 (458 ss., poi di nuovo a 461).

⁸ *Liber Extra* (d'ora in poi, X), 1.23.7, *de officio archidiaconi*, c. *Ad haec*, § 6 (Innocenzo III, 1198-1215; già Comp.IV.1.11.1).

⁹ X.3.10.10, *de his, quae fiunt a praelato sine consensu capituli* (l'inscriptio recita: *Innocentius III. Archiepiscopo Senonensi et eius suffraganeis*; in realtà decretale di Onorio III; già Comp.V.3.8.1): «Etsi membra corporis Christi (*Et infra*: Provinciae Senonensis capitula cathedralium ecclesiarum suam ad nos querimoniam transmiserunt, quod archiepiscopus Senonensis et eius suffraganei procuratores eorum nuper ad provinciale concilium convocatos ad tractatum eorum

sollevate dai capitoli cattedrali della provincia ecclesiastica di Sens: l'arcivescovo e gli altri vescovi suffraganei non avevano voluto ammettere i procuratori dei capitoli a partecipare al concilio provinciale. Nel concilio sarebbero state trattate anche materie riguardanti gli stessi capitoli; perciò i capitoli si appellarono alla Sede Apostolica. Onorio III stabilisce che i capitoli, attraverso i loro rappresentanti, devono essere ammessi a partecipare al concilio provinciale, «maxime super illis, quae ipsa capitula contingere dignoscuntur». È importante notare che Onorio III inquadra questa decisione in un contesto ecclesiologico di tipo corporativo. Ai destinatari della decretale il papa ricorda che la Chiesa è un *corpus* e che tra il *caput* e le diverse membra sussiste (deve sussistere) una necessaria interdipendenza (*connexio in caritatis unitate*)¹⁰.

La glossa ordinaria di Bernardo da Parma approva con plauso la decisione papale: «et merito, quia quod omnes tangit ab omnibus debet comprobari»¹¹. Ma vi è di più. La decretale *Etsi membra* diviene una sede tipica a margine della quale i giuristi discutono sulla possibilità che i laici partecipino ai concili. Secondo Bernardo da Parma, la loro partecipazione è normalmente esclusa,

admittere noluerunt, † *licet nonnulla soleant in huiusmodi tractari conciliis, quae ad ipsa noscuntur capitula pertinere, quare nostram audientiam appellarunt. Sane nos, auditis quae ipsorum nuncii, super his proponere voluerunt, et intellectis nihilominus literis, quas nobis super eodem curatis negotio destinare, tractatum exinde cum fratribus nostris habuimus diligenter, et utique concorditer* Visum fuit nobis et *eisdem* fratribus nostris, ut capitula ipsa ad huiusmodi concilia debeant invitari, et eorum nuncii ad tractatum admitti, maxime super illis, quae ipsa capitula contingere dignoscuntur». Un'edizione completa della decretale, sulla base del registro papale, è data da R. KAY, *The Council of Bourges: A Documentary History* (Church, Faith and Culture in the Medieval West), Ashgate, Aldershot-Burlington 2002, 538-543, con il commento a 97-101.

¹⁰ «Et si membra corporis Christi, quod est ecclesia, non omnia unum actum habeant sed diversos... ipsa tamen membra efficiunt unum corpus, ita quod non potest oculus dicere manui 'tua opera non indigeo' aut caput pedibus 'non estis michi necessarii', sed multo magis quae videntur membra corporis infermiora esse necessaria sunt, quandoquidem omnia secundum temperationem divinam in idipsum collecta esse debent ut non sit scisma in corpore quod in vinculo pacis servare debet spiritus unitatem... (*in fine*) Ideoque volumus et presentium vobis auctoritate mandamus quatinus id decetero sine disceptatione servetis... quatinus capite membris et membris capiti digna vicissitudine obsequentibus corpus scismatis detrimenta non sentiat sed connexum in caritatis unitate consistat» (ed. KAY, 540-542).

¹¹ Bernardo DA PARMA, *Apparatus* in X.3.10.10, v. *contingere*, in *Aedibus Populi Romani, Romae* 1582: «et merito, quia quod omnes tangit ab omnibus debet comprobari, 63 dist. cap. 1 et 66 dist. c. 1 et 8 q.1 Licet ergo, et supra de temporibus ordinationum Si archiepiscopus, ubi de hoc... Laici vero huiusmodi concilii interesse non debent, nisi specialiter invitentur, 68. dist. Hadrianus, in fine. vel etiam nisi specialiter tractaretur causa fidei, 96 dist. versi. nam (*recte*: Ubinam: D.96 c.24). Vel nisi tractaretur de matrimonio, quia cum tales cause eos tangant, possunt interesse, 35 q.5 Ad sedem».

eccetto che nei casi riguardanti tutti i fedeli (la *causa fidei*) o specificamente i laici (il matrimonio).

3. ASPETTI DEL FUNZIONAMENTO DEL PRINCIPIO «QUOD OMNES TANGIT»: I SINGULI E IL COLLEGIIUM

Il principio *got* sembrerebbe imporre che le questioni di interesse comune debbano essere decise con una deliberazione unanime: in questo senso è usato, ad esempio, nella costituzione di Giustiniano sopra richiamata. Ma la questione è di sapere se una deliberazione unanime degli interessati sia sempre necessaria. Il problema fu particolarmente approfondito dai giuristi, che lo risolsero attraverso una ingegnosa distinzione. Potrebbe sorprendere che alle origini Bernardo da Pavia abbia collegato il principio *got* non già alla regola della unanimità, ma a quella della maggioranza¹². Il suo punto di osservazione, lo ricordiamo, era il modo di agire del capitolo cattedrale. Secondo Bernardo, il principio esige che nelle materie di interesse comune si debba chiedere consenso di tutti gli interessati. Nel corpo collegiale (*universitas*), tuttavia, prevale di regola la volontà della maggioranza: di regola, perché il dissenso della minoranza potrebbe fondarsi su una *rationabilis causa*. Siamo di fronte alla dialettica, che ha trovato espressione e sviluppo nel diritto canonico, tra *maior pars* e *sanior pars*. In breve, la *maior pars* prevale solo in quanto sia anche *sanior pars*, cioè la parte sostenuta da ragioni più forti e “sane”. Ciò apre la via a una possibile prevalenza della *minor pars*, qualora essa sia anche *sanior*. Il sistema, come si comprende, può funzionare solo in quanto sia possibile un appello a una istanza gerarchicamente superiore, che decida quale parte, la maggioranza o la minoranza, debba prevalere.

Sulla scia di Bernardo da Pavia, il principio *got* fu considerato uno strumento per promuovere la partecipazione dei componenti di una comunità (politica o ecclesiastica) alle decisioni che riguardano la comunità stessa. In quanto si applica ai corpi collegiali, il principio deve coordinarsi con le regole che definiscono le modalità attraverso le quali il corpo stesso definisce la propria volontà. Pertanto, tutti gli interessati hanno il diritto di essere convocati nell’assemblea (e il correlativo dovere di parteciparvi). Ma la volontà del corpo collegiale si definisce attraverso l’applicazione del principio di maggioranza (temperato dal principio della *sanior pars* nel caso specifico dei corpi ecclesiastici)¹³. Il carattere comple-

¹² Cfr. *supra*, nota 4.

¹³ Come detto poco sopra nel testo, il principio della *sanior pars* non può operare dove non esiste una istanza superiore di giudizio: questo è il caso della elezione del Sommo Pontefice, per la quale il c. *Licet de vitanda* (Alessandro III nel Concilio Lateranense III, 1179: poi X.1.6.6) stabilì la necessità della maggioranza dei 2/3.

mentare del principio *qot* e della regola della maggioranza è posto in luce dai canonisti quando commentano un capitolo del *Liber Extra* che disciplina la consacrazione dei vescovi. La norma stabilisce che la consacrazione dell'arcivescovo sia compiuta da tutti i vescovi della provincia (la norma originale, una decretale pseudoisidoriana, richiedeva questo anche per l'elezione dei vescovi)¹⁴. Il commento di Enrico da Susa, sulla scia della glossa ordinaria di Bernardo da Parma, è estremamente chiaro: «sic habes argumentum ad illud generale, quod omnes tangit debet ab omnibus probari... Dicas, quod in hoc casu omnes vocandi sunt... et si omnes concordant, bene quidem, alioquin maiori parti standum erit... nisi minor pars rationabile quid pretendat...»¹⁵.

A margine di queste discussioni, i civilisti chiariscono una ulteriore questione di ordine tecnico. Sulla base di un frammento del *Digestum* essi spiegano, innanzi tutto, che è necessaria la presenza dei due terzi dei componenti il collegio. Per la validità della deliberazione è sufficiente il consenso della maggioranza dei presenti¹⁶.

Vi sono dei casi, al contrario, nei quali la regola della maggioranza non è applicabile, ma piuttosto si richiede una deliberazione unanime. Il discrimine

¹⁴ X.1.11.6, *de temporibus ordinationum*, c. *Si archiepiscopus* [già Comp.I.1.4.2; capitolo pseudoisidoriano che nel *Liber Extra* è attribuito Lucio III; cfr. P. HINSCHIUS (ed.), *Decretales Pseudo-Isidorianae et Capitula Angilramni*, B. Tauchnitz, Leipzig 1863; rist. anast. Aalen 1963, 120]: «Si archiepiscopus [*diem*] obierit, et alter fuerit ordinandus archiepiscopus [*electus*], omnes episcopi eiusdem provinciae ad sedem metropolitanam conveniant, ut ab omnibus ipse eligatur et ordinetur. Oportet autem, ut ipse, qui illis omnibus praeesse debet, ab omnibus illis eligatur et ordinetur. Reliqui vero comprovinciales episcopi, si necesse fuerit, ceteris consentientibus, a tribus iussu archiepiscopi poterunt ordinari; sed melius est, si ipse cum omnibus eum, qui dignus est, elegerit, et cuncti pariter pontificem consecraverint».

¹⁵ Enrico DA SUSÀ, *Lectura in X.1.11.6 v. cum omnibus* (Henrici de Segusio cardinalis Hostiensis... *In primum decretalium librum Commentaria*, apud Iuntas, Venetiis 1581, fol. 99vb). Cfr. Bernardo DA PARMA, *Apparatus in X.1.11.6, v. ab omnibus*.

¹⁶ D. 50.1.19, *Ad municipalem et de incolis*: «Quod maior pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint». Cfr. Accursio, glossa ad v. *curie*, sub signo Aquilae se renovantis, Venetiis 1591: «presentis, nam due partes debent esse presentes, sed sufficit maiorem partem duarum partium consentire, ut C. de dec. l. Nominationum libro X (C.10.32.45), et supra quod cuiuscumque universitatis “*nomine vel contra eam agatur*” l. Nulli cum sequenti (D.3.4.3 e 4). Quandoque tamen maior pars non potest preiudicare minori, ut C. de auctoritate prestanda l. finali (C.5.59.5) et supra de aqua pluvia arcenda l. Si autem (D.39.3.10)...». È incisiva la conclusione di Bartolo DA SASSOFERRATO, *Comm. in D. 50.1.19, Ad municipalem et de incolis*, l. *Quod maior* (*Bartholus super secunda ff. Novi*, per Baptistam de Tortis, Venetiis 1526, fol. 250vb): «Oppono C. de decurionibus l. Nominationum (C.10.32.45). Solutio. Dico quod omnes debent vocari et debent esse presentes due partes, tunc quod facit maior pars presumuntur omnes facere et omnes facere videntur...».

tra le due ipotesi passa attraverso la distinzione tra ciò che è *commune pluribus uti singulis*, e ciò che è *commune pluribus uti collegium*. Questa distinzione appare già formulata nella glossa ordinaria di Bernardo da Parma sulle *Decretales* di Gregorio IX¹⁷, ma si affermò definitivamente attraverso il commento di Dino del Mugello sulla *regula iuris* del *Liber Sextus*¹⁸. La regola della maggioranza si applica quando si tratta di materie che competono *pluribus uti collegium* o *uti universis*, cioè di materie riguardanti la persona giuridica collegiale nel suo complesso. Secondo Giovanni d'Andrea, «illud dicuntur omnes facere, quod facit maior pars»¹⁹. Nei casi in cui la decisione è comune *pluribus uti singulis*, invece, si richiede il consenso di tutti. L'esempio è quello della citata costituzione giustinianea in tema di tutela, o quello della costituzione di una servitù su un bene di proprietà di più persone: il consenso di tutti è richiesto affinché

¹⁷ Bernardo DA PARMA, *Apparatus* in X.1.2.6, *de constitutionibus*, c. *Quum omnes*, v. *constitutum*. È utile riportare un pezzo della lunga glossa, nella quale Bernardo introduce una ulteriore distinzione tra gli atti che il *collegium* compie *ex necessitate* e gli atti che *ex necessitate non fiunt*: «... Sed nunquid est verum generaliter, quod maior pars capituli facit, totum capitulum facere intelligitur? Quod videtur infra de iis que fiunt a maiore parte capituli Cum in cunctis. Dicitur quod si aliquid est commune pluribus, non ut collegiatis, sed ut singulis, quod fit a maiori parte illorum, nihil valet nisi omnes consentiant, ff. de servitute rusticorum prediorum l. Per fundum (D.8.3.11), nisi rem concedant in naturalem usum, quod potest facere unus etiam invitis sociis et contradicentibus, Instit. de rerum divisione § religiosum versic. in commune vero sepulchrum (Inst. 2.1.9), et nisi in casu infra de iure patronatus c. Postulasti (X.3.38.30) et c. Quoniam in quibusdam (X.3.38.3). Si vero sint plures ut collegium, distingue, si aliqua facienda sint ex necessitate, ut alienationes, electiones, et similia, sufficit quod maior pars facit, infra de iis que fiunt a maiore parte capituli Cum in cunctis (X.3.11.1), dum tamen absentes vocentur, infra de electione c. Quod sicut (X.1.6.28) et c. Venerabilem (X.1.6.34). In aliis que ex necessitate non fiunt, qualia erant ista que isti faciebant (*il caso del c. Quum omnes riguardava uno statuto capitolare che regolava la divisione dei redditi delle prebende*), nihil potest fieri nisi omnes consentiant, ut hic, et in predicta l. Per fundum (D.8.3.11), et debent consentire ut collegium, non tamquam singuli, arg. infra eod. c. Cum M. Ferrariensis (X.1.2.9) et infra de electione c. In Genesi (X.1.6.55)».

¹⁸ Dino DEL MUGELLO, *Comm. in regulam iuris* «*quod omnes tangit...*» (Dyni Muxellani... *Commentaria in regulas iuris pontificii*, apud Cominum de Tridino, Venetiis 1572, fol. 98r-v): «Istius regule exemplum poni potest in omni eo quod est commune pluribus tamquam singulis, ut ecce si plures habent fundum communem et volunt constituere servitutem in fundo, oportet omnium consensum intervenire, alias defectus unius reddit constitutionem inutilem, ut ff. de servitutibus rusticorum prediorum l. Per tuum receptum... Sed oppono, et videtur quod sufficiat consensus maiori partis... Sed facilis est solutio, quia in eo quod est commune pluribus, ut universis, statur voluntati maioris partis... In eo vero quod est commune pluribus ut singulis, requiritur singulorum consensus, ut hic...».

¹⁹ Giovanni D'ANDREA, *Apparatus* in VI.5.[13].29, v. *Quod omnes*, In aedibus Populi Romani, Romae 1582.

tale costituzione possa avere validità ed effetto²⁰. In sostanza, si esige un consenso unanime quando la deliberazione riguarda i diritti individuali dei componenti un *collegium*, o anche di una serie indistinta di persone. Quest'ultima ipotesi è trova esempio in un'opinione di Giovanni d'Andrea. Il canonista si chiede se il papa possa imporre *ex novo* la continenza agli accoliti. La risposta è che il papa possa farlo solo rispetto a coloro che non siano stati ancora ordinati accoliti; tale decisione, invece, non potrebbe (non dovrebbe) avere effetto su coloro che siano già accoliti al momento in cui la nuova norma è stabilita²¹. L'esempio portato da Giovanni d'Andrea può non suscitare particolare emozione o interesse in noi lettori del secolo XXI. Tuttavia, al di là del caso specifico, è chiaro che attraverso tale esempio emerge l'idea che i diritti individuali devono essere tutelati di fronte agli interventi del potere legislativo: i diritti quesiti (in questo caso, la facoltà di contrarre matrimonio) possono essere modificati solo con il consenso degli individui che ne sono titolari. Come dirà incisivamente Bartolo da Sassoferrato, il consenso di tutti gli interessati è richiesto «quantum ad prejudicium singulorum»²².

4. AMBITI DI UTILIZZAZIONE DEL PRINCIPIO NEL CONTESTO ECCLESIASTICO

Il significato, gli effetti, i limiti del principio *got* sono il frutto della elaborazione scientifica dei giuristi. Tale elaborazione ispira la prassi giuridica e

²⁰ D.39.3.10 pr.: «Si autem plures sint eiusdem loci domini, unde aqua ducitur, omnium voluntatem esse sequendam non ambigitur: iniquum enim visum est voluntatem unius ex modica forte portiuncula domini praeiudicium sociis facere». Cfr. la diversa fattispecie prevista in D.39.3.8, nella quale vale il medesimo principio: «In concedendo iure aquae ducendae non tantum eorum, in quorum loco aqua oritur, verum eorum etiam, ad quos eius aquae usus pertinet, voluntas exquiritur, id est eorum, quibus servitus aquae debebatur, nec immerito: cum enim minuitur ius eorum, consequens fuit exquiri, an consentiant. Et generaliter sive in corpore sive in iure loci, ubi aqua oritur, vel in ipsa aqua habeat quis ius, voluntatem eius esse spectandam placet.

²¹ Giovanni d'ANDREA, *Apparatus* in VI.5.[13].29, v. *Quod omnes*: «... Item est argumentum ad questionem, an Papa possit statuere invitis acholytis, quod ipsi contineant. Et hec questio notatur 82 dist. Proposuit, et dixit ibi Ioannes quod non, quia castitas suaderi potest, non imperari... Bartholomeus Brixiensis ibi contra, cuius dictum penitus est falsum, nisi intelligas de promovendis: sed ipse (cioè Giovanni Teutonico) de promotis etiam intellexit, ut eius verba demonstrant...». Bartolomeo DA BRESCIA, in una notazione inserita nella glossa ordinaria in D.82 c.2, v., *sed ea plane*, aveva contestato l'opinione di Giovanni Teutonico, dicendo: «quod falsum est, cum habeat plenitudinem potestatis... nec legibus adstringitur...».

²² Bartolo DA SASSOFERRATO, *Comm.* in D. 50.1.19, *Ad municipalem et de incolis*, l. *Quod maior* (*Bartholus super secunda ff. Novi*, per Baptistam de Tortis, Venetiis 1526, fol. 250vb-251ra).

a sua volta ne è ispirata. Abbiamo visto come gli stessi Pontefici romani nelle loro decretali avevano maturato e imposto l'idea che le questioni comuni devono essere trattate e deliberate dalle persone interessate.

L'operatività del principio *got* è visibile a tutti i livelli della vita della Chiesa. In generale, esso opera nel campo delle decisioni delle persone giuridiche collegiali, sia secolari che religiose. Un ambito tipico di applicazione è quello delle elezioni. In questo settore esso si connette armoniosamente con due ulteriori principi che hanno origine nella tarda antichità. A proposito delle elezioni episcopali Celestino I (428) aveva affermato che nessun vescovo deve essere imposto a una comunità che non lo voglia: «nullus invitis detur episcopus»²³. Sulla stessa linea, Leone Magno (445) aveva stabilito che colui che è preposto al governo della comunità deve essere eletto da tutti gli appartenenti alla comunità stessa: «qui praefuturus est omnibus, ab omnibus eligatur»²⁴. In un'altra decretale il medesimo pontefice aveva anche detto che per nessuna ragione («nulla ratio sinit») possono essere accolti nel collegio episcopale vescovi che non siano stati eletti dal clero e richiesti dal popolo della diocesi²⁵. Attraverso le collezioni canoniche tali testi attraversano l'alto medioevo, giungono nel *Decretum* di Graziano, entrano nelle argomentazioni dei giuristi e nel discorso politico.

Il principio *got* è frequentemente invocato a proposito dei concili, nei quali, secondo la tradizione della Chiesa, sono trattate questioni che riguardano la fede e la disciplina ecclesiastica.

Sebbene non sia esplicitamente citato, è evidente che il principio sta alla base della bolla con la quale Innocenzo III convocò il Concilio Lateranese IV, che si svolse nel 1215. I propositi del papa riguardavano la *recuperatio Terre Sanctae* e la *reformatio universalis Ecclesiae*: «poiché questi temi riguardano lo stato comune di tutti i fedeli, convochiamo un concilio generale secondo l'antica consuetudine dei Santi Padri»²⁶. La convocazione è indirizzata innanzi tutto ai soggetti ecclesiastici: arcivescovi, vescovi, abati e priori dovranno convenire a Roma personalmente o tramite «idonei rappresentanti» («idoneos responsales»). La convocazione è estesa anche ai sovrani secolari. Essi sono

²³ Celestino I ai vescovi della Gallia, *Ep.* II cc. 4 e 5 (anno 428, JK 369; *Patrologia Latina* 50.430); poi anche in *Decretum Gratiani*, D. 61 c. 12 e 13.

²⁴ Leone I ai vescovi della provincia di Vienne, *Ep.* 10 c. 6 (anno 445, JK 407, *Patrologia latina* 54.634).

²⁵ Leone I a Rustico di Narbona, *Ep.* 167 (anno 458 o 459, JK 544; *Patrologia latina* 54.1203); poi nel *Decretum* di Graziano, D. 62 c. 1.

²⁶ Innocenzo III, bolla *Vineam Domini*, 19 aprile 1213 (*Patrologia Latina* 216. 823-827, in particolare 824): «... quia hec universorum fidelium communem statum respiciunt, generale concilium iuxta priscam sanctorum patrum consuetudinem convocemus...».

invitati a mandare al concilio «idonei rappresentanti» («viros idoneos»), poiché saranno trattati molti temi che attengono all'ordine delle cose temporali²⁷.

Nelle riflessioni dottrinali il collegamento tra l'istituzione conciliare e il principio *qot* diviene esplicito e frequente.

Umberto di Romans († 1277), maestro generale dell'Ordine dei Predicatori, menziona il principio quando espone le ragioni per le quali i concili sono convocati²⁸. Il concilio è il luogo nel quale la Chiesa suole trattare le questioni difficili che riguardano tutti, e che pertanto richiedono il *consilium* della *multitudo* dei partecipanti: attraverso il confronto delle opinioni si favorisce l'azione dello Spirito Santo che assiste la Chiesa.

Il concilio è un luogo nel quale si concentra la coscienza della Chiesa. Guglielmo Durante il Giovane († 1330) vede nel concilio generale il centro di irradiazione di una *reformatio in capite et in membris*. Più in generale, egli ritiene che l'assemblea sia l'istituzione nella quale il potere del papa e dei sovrani laici possa essere controllato e limitato entro i confini della ragione. In particolare, papa e sovrani laici non dovrebbero andare contro le leggi poste dai concili generali o contro il diritto comunemente recepito (*approbatum*) senza convocare un *generale concilium*. A fondamento di questa proposta Guglielmo pone il principio *qot*: esso è qualificato come *regula utriusque iuris*, cioè principio comune al diritto civile e al diritto canonico²⁹.

²⁷ «Cum igitur in hoc generali concilio sint multa tractanda que ad statum vestri ordinis pertinebunt, decet et expedit ut ad idem concilium viros idoneos destinatis, qui negotia vestra debeant fideliter procurare» (ivi, col. 826).

²⁸ Umberto di ROMANS, *De eruditione praedicatorum*, liber II, tractatus II, c. 1, *de conciliis* (*Maxima Bibliotheca Veterum Patrum et Antiquorum Scriptorum Ecclesiasticorum*, tomo XXV, Lugduni, apud Anissonios, 1677, 507 C): «Secundo notandum est que sit causa concilia celebrandi in Ecclesia Dei. Ad quod sciendum est, quod in Ecclesia quandoque emergunt aliqua ardua, que tangunt omnes, vel multos, et indigentes magno consilio et adiutorio divino, et ideo convocandi sunt illi quos hec tangunt, quia sicut dicit ius, quod omnes tangit ab omnibus debet approbari. Et etiam sunt convocandi ut habeatur melius consilium, ad quod facit multitudo, ut predictum est: quandoque enim Deus revelat uni etiam minori (ut dicit Benedictus) quod non revelat alteri maiori...».

²⁹ Guglielmo Durante il Giovane, *Tractatus de modo generalis concilii celebrandi*, Parisiis, apud Poncetum le Preux, 1545, Pars I, tit. III, 6r: «Regenda igitur atque limitanda, et restringenda est sub ratione potestas, ut totum ratio regat...»; p. 10 s.: «Videretur esse salubre consilium pro republica et pro dictis administratoribus reipublice, quod sic sub ratione, ut premissum est, limitaretur potestas eorundem, quod absque certo consilio dominorum cardinalium dominus papa et reges ac principes absque aliorum proborum consilio... non uterentur prerogativa huiusmodi potestatis potissime aliquid concedendo contra concilia et contra iura approbata communiter. Et quod contra dicta concilia et iura nihil possent de novo statuere vel condere nisi generali concilio convocato. Cum illud quod omnes tangit, secundum iuris utriusque regulam, ab omnibus debeat communiter approbari».

Durante la crisi successiva al 1378 –il “grande scisma” che opponeva il papa avignonese al papa romano– il principio *got* fu ripetutamente invocato per sostenere la necessità della *via concilii*: solo il concilio generale può risolvere con autorità i problemi dello scisma, poiché esso rappresenta la Chiesa universale. Alle origini della crisi, il principio *got* è utilizzato in questo senso da Conrad von Gelnhausen³⁰ (1380) e da Heinrich von Langenstein³¹ (1381). È bene sottolineare una significativa precisazione presente nel loro discorso: i problemi che riguardano tutti devono essere trattati *ab omnibus, vel vice omnium*. Il concilio, come si è detto, è il luogo dove si realizza la rappresentanza della Chiesa. Poiché è impossibile convocare tutti i fedeli, i legittimi partecipanti del concilio hanno il potere di agire in rappresentanza della Chiesa universale.

5. AMBITI DI UTILIZZAZIONE DEL PRINCIPIO NEL CONTESTO DELLE ISTITUZIONI SECOLARI

Il panorama delle istituzioni secolari presenta aspetti non diversi da quelli che riguardano la Chiesa. Nell'Europa del secolo XII si diffonde la prassi di convocare assemblee politiche chiamate *curiae*, *colloquia* o *parlamenta*, basate sul principio della rappresentanza. Si fa strada l'idea che non è possibile governare senza consenso, ma è possibile governare il consenso e il modo di ottenerlo. In tali assemblee convergono i rappresentanti dei vari ordini della società (clero, ordini religiosi, città, signori feudali). Siffatto modello rappresentativo fu agevolato dall'utilizzazione di concetti provenienti dal *ius commune*. I rappresentanti delle istituzioni corporative sono qualificati come *procuratores* muniti di *plena potestas*³²; a giustificazione della loro convocazione

³⁰ Conrad von GELNHAUSEN, *Epistola concordiae* (1380), prologus, c. 1 [edizione in F. BLIEMETZ-RIEDER, *Das Generalkonzil im Grossen abendländischen Schisma*, Schöning Paderborn 1904, 66]: «Cumque sacrosancta ecclesia, de cuius capite agitur, omnium catholicorum sit mater communis... ad omnes ei compati ipsiusque occurrere oppressioni pertinet christianos, ut quod omnes tangit ab omnibus vel vice omnium tractetur. Necesse est ergo concilium convocari generale...».

³¹ Heinrich von LANGENSTEIN (Henricus de Assia), *Consilium pacis, de unione et reformatione Ecclesiae* (1381), in Joannis Gersonii... *Opera omnia*, opera et studio LUD. ELLIES DU PIN, tomo II, *Sumptibus Societatis, Antwerpiae* 1706, col. 823: «Item casus novi et periculosi emergentes in diocesi aliqua, per concilium particulare, sive provinciale emendantur. Igitur casus novi et ardui, totum mundum concernentes, per generale concilium discuti debent. Quod enim omnes tangit, ab omnibus, vel vice omnium tractari debet et convenit».

³² C.2.12.10, *de procuratoribus*, l. *Si procurator*: «Si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id quod gessit nullum domino praeiudicium facere potuit. Quod si plenam potestatem agendi habuit, rem iudicatam rescindi non oportet, cum, si quid fraude vel dolo egit, convenire eum more iudiciorum non prohiberis».

è spesso allegato il principio *got*. I giuristi danno una puntuale lettura di questi fenomeni utilizzando i concetti che la scienza giuridica ha elaborato partendo dai materiali del *Corpus iuris civilis* e delle compilazioni canonistiche³³.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, e mostrano l'ampia diffusione di modelli radicati nella cultura del *ius commune*.

Nel 1244 Federico II convoca una curia generale dell'impero a Verona, per ristabilire la pace nella Chiesa: il principio *got* è posto alla base della convocazione di una assemblea nella quale devono essere trattate questioni che riguardano «specialiter singulos ac generaliter universos»³⁴.

In questo contesto, non sorprende trovare un esplicito riferimento al principio *got* nel famoso writ con il quale Edoardo I, re di Inghilterra, convoca in parlamento i rappresentanti del clero (1295): «Sicut lex iustissima, provida circumspectione sacrarum principum stabilita, hortatur et statuit ut quod omnes tangit ab omnibus approbetur, sic et nimis evidenter ut communibus periculis per remedia provisiva communiter obvietur»³⁵. Mi sembra che il richiamo al principio *got* non sia una fioritura dotta o retorica in un provvedimento di carattere occasionale. Cinque anni dopo, infatti, Edoardo I, nel

³³ È esemplare un passo dei commentaria di Jean FAURE sulle *Institutiones* (Inst. 4.16, *De pena temere litigantium*) [Ioannis Fabri iurisconsulti clarissimi... *In quatuor libros Institutionum eruditissima commentaria*, Apud Altobellum Salicatum, Venetiis 1572, fol. 183rb (fol. 173rb per errore nell'ed.), n. 7]: «Quid ergo, si aliqui fuerunt vocati, alii non, vel omnes non exaudierunt vocem preconis?... Quid ergo fiet, si res tangat multos? Verbi gratia dux, comes, vel episcopus vendicavit sibi aliquid ius, forte subiectionem, vel aliud ius super aliqua terra, vel aliquo ordine, forte Cisterciensi: nunquid singuli debent vocari? Videtur quod sic, quia quod omnes tangit, etc. Satis videretur contrarium, quod sufficeret vocari prelatos, et administratores, extra de maiestate et obedientia c. fin. Potest dici, quod si habent corpus, vel universitatem, sufficiat vocari consules seu administratores universitatis. Si non habeant, sufficiat vocari prelatos in personis ecclesiasticis, vel barones seu habentes iurisdictionem terrarum et villarum, quia illi habent administrationem rei publicae, per dictum cap. fin... Et potest dici, quod si sint plures consules, sufficiat vocare unum, vel duos... sed non sufficeret vocari syndicum... Scio quod Curia Franciae servat contrarium: vocat enim habitantes et dat eis licentiam faciendi procuratorem in causa illa. Sed quando vult facere collectas, servat bene que dixi. Nam non vocat nisi prelatos, barones, et villas notabiles».

³⁴ «Ad ea quae nobis incumbunt, contingunt imperium et specialiter singulos ac generaliter universos, presentiam omnium conveniat instancius evocare, ut quod tangit omnes ab omnibus approbetur» [Federico II (marzo 1244), lettera indirizzata all'arcivescovo di Worms, in Jean Louis Alphonse HUILLARD-BRÉHOLLES, *Historia diplomatica Friderici secundi*, H. Plon, Parisiis 1860, vol. VI.1, 167-169].

³⁵ Edizione in W. STUBBS, *Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times to the Reign of Edward the First*, Clarendon Press, Oxford ⁸1905, 484 ss.

contesto di un conflitto con Bonifacio VIII, sottopone il caso al parlamento di Lincoln con questa motivazione: «Consuetudo est regni Angliae quod in negotiis tangentibus statum eiusdem regni requiratur consilium omnium quos res tangit»³⁶.

Un tipico settore nel quale il principio *got* è invocato è quello dell'imposizione tributaria. Si diffondono l'idea e la pratica che l'imposizione di nuovi tributi deve essere trattata e deliberata da assemblee rappresentative. Ancora una volta sarebbe possibile portare moltissimi esempi. Scelgo un documento riguardante lo Stato della Chiesa verso la metà del secolo XIV: è tratto dalle *Constitutiones Aegidianae* promulgate nel 1357 dal cardinale Egidio Albornoz, legato e vicario generale *in temporalibus* di Innocenzo VI. La costituzione abolisce una serie di imposte stabilite abusivamente da *tyranni* nei precedenti venticinque anni di disordini. Sono importanti alcune considerazioni di principio: è interesse della *res publica* che i cittadini siano ben dotati di beni, mentre le imposte abusive li hanno impoveriti. Inoltre, è conforme alla ragione che ciò che riguarda tutti sia approvato da tutti: «Reipublice interest locupletes habere subiectos, et, sicut rationi congruit, ut quod omnes tangit ab omnibus approbetur». È necessario, quindi, che i nuovi tributi siano imposti con il consenso degli interessati³⁷. La costituzione, in particolare, stabilisce che le somme riscosse attraverso i tributi siano utilizzate conformemente alla volontà espressa dalle assemblee dei cittadini, per evitare che il denaro sia impiegato abusivamente a vantaggio di soggetti privati. La destinazione delle somme riscosse deve essere stabilita «a tota communitate, vel universitate, non tantum per modum consilii specialis, vel generalis, sed etiam per modum parlamenti generalis»³⁸.

³⁶ Edizione in W. STUBBS, *The Constitutional History of England in its Origin and Development*, II, Clarendon Press, Oxford 1880, 165.

³⁷ *Aegidianae Constitutiones, cum Additionibus Carpensibus*, nunc denuo recognitae, et a quampluribus erroribus expurgatae cum glossis non minus doctis, quam utilibus, praestantissimi viri Gasparis Caballini de Cingulo iurisconsulti Picentis, Venetiis 1588, *Liber II, De statutis et ordinamentis terrarum*, cap. XXXVII, 115b: «vocetur consilium terrae specialem vel generale secundum terrarum statuta...».

³⁸ *Aegidianae Constitutiones, Liber II, De gabellis et datis*, cap. XXXVIII, 118a-b: «Item quia postquam in provinciis invalere tyranni, vel propter partialitatem terrarum regimina fuere occupata, in civitatibus, et terris diverse, importune et quasi importabiles inditae et violenter usurpate fuerunt datie et gabellae, ex quibus subditi in detrimentum Reipublice (cuius interest locupletes habere subiectos) depauperantur, et ex pecunia inde redacta datur occasio multa illicite committendi... [la costituzione abolisce tutte le gabelle e i dazi imposti nei 25 anni precedenti, a meno che essi non siano stati stabiliti] «civitatum et aliarum terrarum communicato generali

6. ALLA RICERCA DEI FONDAMENTI DEL PRINCIPIO: TRA *RATIO*, *AEQUITAS*,
IUS NATURALE E *IUS GENTIUM*

I giuristi non si impegnano a chiarire quale sia il fondamento del principio *got*. Tuttavia, affermazioni che ricorrono qua e là nella documentazione inducono a dire che nella comune valutazione esso fosse considerato un principio di diritto naturale o di ragione. In questo senso si esprimono il documento francese del 1200 più sopra ricordato (*rationi consentaneum*) e la costituzione egidiana appena menzionata (*sicut rationi congruit*).

Questa interpretazione trova conferma se guardiamo al modo in cui il principio *got* è utilizzato dai filosofi o dagli scrittori politici. Nelle loro opere è possibile rintracciare alcune esplicite riflessioni circa i suoi fondamenti.

Guglielmo di Ockham scrive il *Dialogus* negli anni Trenta del Trecento. Egli utilizza il principio *got* nel quadro di una discussione riguardante l'elezione del Sommo Pontefice. Il suo discorso, però, si apre verso prospettive più ampie, perché tocca in generale il problema del modo in cui una comunità ecclesiastica o civile debba darsi un governante («*praelatus vel princeps vel rector*»)³⁹. Pur senza espliciti riferimenti alle fonti, è evidente che Ockham al-

consilio, et habito consilio maioris partis, et consensu ad bussulas et pallutias...»] Alterius autem quarte ex dictis constitutionibus eiusdem domini Bertrandi tenor talis [*si riferisce a quattro costituzioni editte da Bertrando del Poggetto quando svolgeva l'ufficio di riformatore «in provinciis et terris ecclesiae», di cui si parla nel cap. XXXVI, 114b*]. Item quia Reipublice interest locupletes habere subiectos, et sicut rationi congruit ut quod omnes tangit ab omnibus approbetur, ac ratione et equitati multum oberrat, quod alii colligentes, que non messuerunt, de bonis esurientium sine eorum conscientia saturentur: quod tamen evenire contingit, quando bona universitatum vel etiam singularum personarum, que ex collectis, prestantiis, gabellis, et datiis et aliis obventionibus colligunt directe, vel indirecte veniunt ad alios, qui tanquam tauri inter vaccas, ex prerogativa potentie, vel impressione tyrannidis existentes, bona huiusmodi suis usibus vendicant, applicant et usurpant: Nos, contra tales inconvenientias et insolentias (quantum nobis est possibile) providere volentes, eadem auctoritate statuimus et ordinamus, quos nulli, cuiuscunque conditionis existant, bona aliqua mobilia, vel immobilia, vel pecunias, que ex datiis, collectis, prestantiis vel gabellis seu quibusvis aliis obventionibus, introitibus universitatum vel communitatum quarumcunque habebuntur, recipientur, vel quomodolibet rediguntur, accipere per se, vel alios directe, vel indirecte valeant, vel suis usibus quomodolibet applicare, nisi a tota communitate, vel universitate, non tantum per modum consilii specialis, vel generalis, sed etiam per modum parlamenti generalis talibus concessum fuerit, quod bona, vel pecunias huiusmodi possent suis usibus applicare...».

³⁹ Guglielmo DI OCKHAM, *Dialogus, liber tertius tractatus secundi tertiae partis Dialogi*, cap. VI [Melchior GOLDAST (ed.), *Monarchiae S. Romani Imperii... Tomus secundus*, Typis Nicolai Hoffmanni, Francofordiae 1614; Akademische Druck- und Verlagsanstalt, rist. anast. Graz 1960, 934]: «*Discipulus*: Declarasti secundum opinionem praescriptam duo quae videbantur

lude ai due noti principi enunciati da Celestino I e Leone Magno⁴⁰: scrive, infatti, che colui che è preposto al governo di una *universitas* deve essere eletto dai membri della comunità, e che nessun governante può essere imposto a chi non lo voglia. In questo contesto egli richiama anche il principio *got*. Per Ockham *electio, consensus* e *approbatio* da parte dei membri della *universitas* configurano una procedura che si colloca nell'ambito del *ius naturale*, nella particolare accezione di diritto che «ex iure gentium vel aliquo facto humano evidenti ratione colligitur»⁴¹: con un riferimento –questa volta espresso– a un passo di Isidoro da Siviglia trasmesso da Graziano (D.1 c.7).

In quegli stessi anni, verso il 1340, Lupold von Bebenburg scrive il *Tractatus de iuribus regni et imperii Romanorum*. Pur non citandolo nella formula classica, Lupold utilizza il principio *got* nel contesto di un capitolo diretto a provare l'indipendenza del *regnum et imperium* dalla Chiesa Romana⁴². In

obscura: nunc dic qualiter, secundum eandem rationem “*Romani*” ex iure divino habent ius eligendi summum pontificem. *Magister*: Ad hoc dicitur, quod Romani ex iure naturali tertio modo dicto habent ius eligendi summum pontificem. Supposito enim quod aliquibus sit aliquis praelatus vel princeps vel rector praeficiendus, evidenti ratione colligitur quod, nisi per illum vel illos cuius vel quorum interest, “*contrarium*” non ordinetur, illi quibus est praeficiendus habent ius eligendi et praeficiendi eis, unde nullus dari debeat ipsis invitis. Hoc multis exemplis et rationibus posset probari: sed adducam pauca. Et prima est ad hoc, quod universitati mortalium nullus praefici debet, nisi per electionem et consensum eorum. Amplius: quod omnes tangit, debet tractari per omnes. Quod autem debeat aliquis praefici aliis, omnes tangit, igitur per omnes tractari debet. Rursus, quorum est sibi facere iura, illorum est, si voluerint, eligere caput. Sed populus quicumque et civitas potest sibi proprium ius facere, quod civile vocatur, dist. I, ius civile. Igitur et populus et civitas potest sibi proprium ius facere et caput eligere. Et ita semper spectat ad illos, quibus est aliquis praeficiendus, praeficiendum eligere, nisi per illum vel illos cuius vel quorum interest, contrarium ordinetur. Quod ideo dicitur, quia illi possunt, saltem in multis casibus, cedere iuri suo et transferre ius suum in alium vel alios; per quem modum licet populus ex iure naturali tertio modo dicto, vel secundo modo, habet ius condendi leges, illam tamen potestatem transtulit in imperatorem, et ita in potestate imperatoris fuit transferre in aliquem vel aliquos ius eligendi. Similiter illi, quibus est aliquis praeficiendus, sunt in huiusmodi subiecti alicui superiori, ille superior potest ordinare quod illi non habent ius eligendi, licet haberent ius eligendi ex iure naturali secundo modo dicto, si scilicet nec per ipsos nec per superiorem esset contrarium ordinatum...».

⁴⁰ Cfr. *supra*, note 23-24.

⁴¹ Guglielmo DI OCKHAM, *Dialogus, liber tertius tractatus secundi tertiae partis Dialogi*, cap. VI (ed. cit., 932).

⁴² Lupold VON BEBENBURG, *Tractatus de iuribus regni et imperii Romanorum*, cap. 14 [J. MIETHKE - CH. FLÜELER (hrsg.), *Politische Schriften des Lupold von Bebenburg* (Monumenta Germaniae Historica, Staatsschriften des Späteren Mittelalters, IV. Band), Hannover, Hahnsche Buchhandlung, 2004, pp. 377-378]: «Capitulum XIIIIm, quod per submissiones vel recogniciones regum Romanorum pape et ecclesie Romane factas non preiudicatur regno et imperio

quanto giurista (aveva studiato diritto canonico a Bologna alla scuola di Giovanni d'Andrea) Lupold menziona alcune fonti giuridiche alle quali il principio era tradizionalmente collegato. Ma, soprattutto, ricollega il principio alle sue fonti: esso è dettato da *aequitas et ratio naturalis*, ed appartiene alla sfera del *ius gentium*⁴³.

7. UNA VOCE IN ETÀ MODERNA: BARTOLOMÉ DE LAS CASAS. LIBERTÀ, CONSENSO, SOVRANITÀ POPOLARE

Collocare l'ambito di azione del principio *got* nella sfera del *ius naturale* o del *ius gentium* comporta delle conseguenze. Ciò significa che il valore che tale principio esprime è comune a tutti i popoli, ed è anche sottratto alla disponibilità degli uomini per la tendenziale intangibilità delle sfere dei diritti superiori.

Le conclusioni maturate nei secoli del Medioevo –attraverso il concorso dell'opera di giuristi, teologi, filosofi e scrittori politici– trascorrono nell'età moderna senza soluzione di continuità. Questo patrimonio di pensiero offre strumenti e soluzioni a coloro che sono chiamati a confrontarsi con situazioni storiche profondamente diverse. Un caso esemplare è offerto, nel secolo XVI, da Bartolomé de Las Casas. Non ho la pretesa di costringere in poche righe la ricchezza del suo pensiero. Intendo richiamare alcuni aspetti estremamente interessanti della sua opera dottrinale.

Nel trattato *De regia potestate* Bartolomé de las Casas costruisce una teoria della sovranità popolare che appare fortemente debitrice del pensiero giuridico medievale. Egli non nega l'istituzione monarchica o imperiale, ma ne vede l'origine (*causa effectiva, efficiens et finalis*) nella volontà del popolo: alla base

in suis iuribus, quominus principes et populus regno et imperio subiecti possint contradicere ipsorumque sit contradictio admittenda... Dico salvo semper iudicio saniori, quod tales submissiones vel recognitiones per aliquos ex regibus Romanorum ipsi ecclesie Romane facte dicto regno et imperio in suis iuribus ac eciam ex consequenti principibus et aliis subditis ipsius regni et imperii preiudicare non debent. Nam cum submissiones et recognitiones huiusmodi de consensu principum electorum ac eciam aliorum principum et populi regno et imperio subiectorum non sint facte, ipsi principes et alii populum regni et imperii representantes poterunt contradicere ac eorum est contradictio admittenda, quod sic probatur...».

⁴³ Lupold VON BEBENBURG, *Tractatus de iuribus regni et imperii Romanorum*, cap. 14 (ed. cit., 380): «Preterea equitas et ratio naturalis dictat apud omnes, quod quando per aliquod factum preiudicatur pluribus, quod id per omnes illos comprobari debet, et sic illud videtur esse de iure gentium, ff. de iusticia et iure c. Omnes populi (D.1.1.9). Hoc eciam probatur iure canonico et civili, extra de officio archidiaconi Ad hec § in fine (X.1.23.7 § 6), ff. de aqua pluvia arcenda l. In concedendo (D.39.3.8) cum multis concordantiis».

sta l'idea della *lex de imperio* tramandata dalle fonti giustinianee⁴⁴. Poiché il popolo è origine e fine della giurisdizione dei re e dei principi, le decisioni che lo riguardano devono essere prese con il suo consenso⁴⁵. Il popolo, in sostanza, non si è spogliato della propria sovranità, ma ne ha delegato l'esercizio a una persona chiamata ad agire nell'interesse della *respublica*. Perciò a nessun sovrano è lecito stabilire alcunché a carico del popolo (*tributa, servitia*, in generale *onera*), senza che esso abbia dato il suo consenso. E l'autore non esita a dire che se il *princeps* o *rex* agisce senza tale consenso, il suo atto non è valido *de iure*⁴⁶.

La parola *consensus* risuona nel trattato con amplissima frequenza e costituisce la chiave di volta della costruzione teorica di Bartolomé de Las Casas. Le basi giusnaturalistiche di questa teoria sono nutrite da materiali normativi e dottrinali della tradizione medievale. Il *consensus* del popolo è lo strumento di un patto sociale –il termine è *pacisci*– che assume le forme della *subiectio* del

⁴⁴ Bartolomé DE LAS CASAS, *De regia potestate*, Notabile II, § IV [cito da Fray Bartolomé DE LAS CASAS, *De regia potestate*, Edición de J. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Introducción de A. E. PÉREZ LUÑO. *Quaestio theologalis*, Edición de A. LARIOS RAMOS, O. P. y A. GARCÍA DEL MORAL GARRIDO, O.P. (Obras completas, 12), Madrid, Alianza Editorial, 1990, 60]: «1. Nulla subjectio, nulla servitus, nullum onus unquam impositum fuit, nisi populus qui subiturus illa onera erat, impositioni eiusmodi voluntarie consentiret. Immo a principio idem populus ea constituit cum ipso principe...»; (62): «2. ... Populus Romanus omnem potestatem in principem transulit quoad onus. 3. Unde imperium immediate processit a populo, et populus fuit causa effectiva regum seu principum, aut quorumcumque magistratuum, si iustum habuerun ingressum (93 dist. cap. Legimus [24]). Ergo si populus fuit causa effectiva seu efficiens et finalis regum et principum, ut a populo per liberam electionem originem duxerunt, non potuerunt imponere populo a principio nisi tributa et servitia quae ipsi populo grata essent, et quorum impositioni libenter populus consensisset...». Sulla *lex regia de imperio* cfr. D.1.4.1 pr.: «Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat»; Inst.1.2.6: «Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit».

⁴⁵ Bartolomé DE LAS CASAS, *De regia potestate*, Notabile II, § IV (ed. cit., 64): «5. 'Item, id quod est omnibus profuturum, et potest esse nocivum, de consensu omnium est agendum (l. quicumque, la 2, C. de om. ag. deser., lib. 11). Propter quod requirendus est omnium hominum liberorum consensus in omni tali negotio: ergo totus vocandus erat...». Cfr. C.11.59.7.2, *De omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur*, l. *Quicumque*: «... ut id consensu omnium fiat, quod omnibus profuturum est».

⁴⁶ Bartolomé DE LAS CASAS, *De regia potestate*, Sequuntur aliquot conclusiones. Conclusio I. § VIII (ed. cit., p. 80): «1. Nulli principum aut regum, quantumcumque supremo, licet in regno statuere et ordinare aliquid, concernens totam rempublicam, in preiudicium aut detrimentum populi vel subditorum, eorum consensu non habito, licito, vel debito, quod si facit, nihil omnino valet de iure».

popolo al *rex*⁴⁷. Per Las Casas la priorità del *populus* rispetto ai suoi governanti non è solo cronologica, ma discende dalla natura stessa⁴⁸. Qui compare un altro concetto fondamentale nella concezione di Las Casas. Il consenso, infatti, è un modo in cui si manifesta la naturale libertà della persona umana e quindi del popolo: una libertà che si esprime, in questo caso, nella scelta del proprio regime politico. E la libertà –aggiunge Las Casas sulla scia del giureconsulto romano Paolo– è *res inestimabilis*, un bene spirituale più prezioso più di qualsiasi altro bene materiale⁴⁹.

La libertà e il consenso fondano dunque la struttura contrattuale del rapporto tra i governati e i governanti. Da ciò ha origine l'obbligo dei governanti di agire per il bene della *res publica*. Servizio (*ministerium*) è un altro concetto fondamentale di tale teoria. Il governante è *minister legis*, il governo è *administratio* e non *dominium*. Il governo è pertanto regolato dalle leggi, che Las Casas chiama significativamente *leges politicae*, cioè leggi che regolano i rapporti tra i governanti e i governati⁵⁰. Siamo di fronte a ciò che noi chiamiamo “Stato di diritto”. Della tradizione giuridica del *ius commune* Las Casas valorizza qui la costituzione *Digna vox* di Valentiniano III, che all'immagine del *princeps legibus solutus* contrapponeva quella del *princeps legibus alligatus*: senza negare l'*absolutio legibus* –che discendeva dalla stessa tradizione giuridica romana (D.1.4.1 pr.)– la norma aveva affermato che il rispetto delle leggi era per il *princeps* un vincolo morale⁵¹. Un vincolo morale del quale la dottrina giuri-

⁴⁷ Bartolomé DE LAS CASAS, *De regia potestate*, Notabile II, § IV (ed. cit., 64): «6. ... omnia iura regalia, redditus et tributa, pacta fuerunt ab initio inter reges et populos, et per consequens non sine consensu libero populi sunt constituta. Ergo nulla subiectio imposita fuit sine consensu populi».

⁴⁸ Bartolomé DE LAS CASAS, *De regia potestate*, Notabile II, § IV (ed. cit., 62): «4. ... Populus prior fuit natura et tempore ipsis regibus...».

⁴⁹ Bartolomé DE LAS CASAS, *De regia potestate*, Sequuntur aliquot conclusiones. Conclusio I. § VIII (ed. cit., 82): «5. Libertas est res preciosior et inestimabilior cunctis opibus quae populis habet (l. libertas, de regulis iuris). ergo, preiudicando libertati, princeps faceret contra iustitiam». Cfr. D.50.17.106, Paulus libro secundo ad edictum: «Libertas inaestimabilis res est».

⁵⁰ Bartolomé DE LAS CASAS, *De regia potestate*, Sequuntur aliquot conclusiones. Conclusio I. § IX (ed. cit., 84): «1. Item quilibet rector, vel princeps, cuiuscumque regni vel communitatis, quantumcumque sit supremus, non habet libertatem aut potestatem imperandi civibus prout vult et secundum libitum suae voluntatis, sed solum secundum leges politicas. At leges debent esse conscriptae ad communem omnium utilitatem, et non in praeiudicium reipublicae... 2. Quia rex vel princeps non imperat subditis ut homo, sed sicut minister legis, unde non dominatur, sed administrat populum per leges (l. digna vox, C. de legibus)».

⁵¹ C.1.14.4: «Digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas. Et re vera maius imperio est submittere legibus principatum. Et oraculo praesentis edicti quod nobis licere non patimur indicamus».

dica medievale aveva sottolineato la forza e la capacità di costituire un vero obbligo per il *princeps* nobile e onesto⁵².

Per Las Casas non vi è alternativa, e rimane fermo il principio generale che il governante e la sua azione sono sottoposti alla legge e, più ampiamente, al diritto, che è dominato dalle fonti giuridiche “superiori” (*ius naturale* e *ius gentium*). Tuttavia egli ammette –ancora una volta poggiandosi sulla tradizione giuridica medievale– che per una *causa legitima* il governante possa anche derogare alle leggi vigenti. Se manca la giusta causa, però, l’azione *contra legem* e il pregiudizio arrecato al popolo sono atti contrari al diritto naturale e al diritto divino⁵³. Nel discorso di Las Casas il piano della natura e il piano soprannaturale si congiungono. Vi è una convergenza tra il precetto cristiano della carità (amore del prossimo) e il precetto elementare che la natura stessa rende manifesto: la natura e la Parola di Dio proibiscono a ciascuno di fare ad altri ciò che non si vuole sia fatto a sé. Per questa ragione il pregiudizio che un governante arrecasse alla libertà del popolo sarebbe una violazione della giustizia⁵⁴.

Penso che sia giusto collocare Bartolomé de las Casas tra coloro che hanno contribuito alla costruzione delle idee costituzionalistiche. E penso che non sia esagerato dire che egli sia stato un teorizzatore di ciò che noi chiamiamo diritto di autodeterminazione dei popoli. Questa conclusione mi sembra giustificata anche da quanto emerge da un’altra celebre opera del domenicano spagnolo, il *De thesauris* (1563). Le sue idee sulla sovranità popolare sono qui applicate alla vicenda del dominio politico degli Spagnoli sulle popolazioni delle Indie occidentali. Il trattato concerne la questione se sia giuridicamente e moralmente consentito ai conquistatori spagnoli appropriarsi degli ingenti tesori trovati nei sepolcri degli Indios. Il problema è trattato alla luce di alcuni principi di carattere generale.

⁵² Una voce fra le tante, Cino DA PISTOIA, *Lectura in C.1.4.4, additio*, n. 2-3, 7 (Cyni Pistoriensis... *In Codicem... doctissima commentaria*, Francofurti ad Moenum, impensis Sigismundi Feyerabendt, 1578, fol. 25vb-26ra): «Dico ergo, quod imperator est solutus legibus de necessitate: tamen de honestate ipse vult ligari legibus, quia honor reputatur vinculum sacri iuris et utilitas ipsius... Praeterea ad hoc facit hec lex, quia honestas ligat etiam principem...».

⁵³ Bartolomé DE LAS CASAS, *De regia potestate*, Sequuntur aliquot conclusiones. Conclusio I. § VIII (ed. cit., 82): «4. Tertio, nemini licet sine legitima causa praeiudicium inferre libertati populorum suorum...».

⁵⁴ Bartolomé DE LAS CASAS, *De regia potestate*, Sequuntur aliquot conclusiones. Conclusio I. § IX (ed. cit., 84): «4. ... Sed si reges statuerent aliquid in praeiudicium populorum sive subditorum, eorum consensu non habito, facerent quae per ius naturale et divinum prohibentur, quae Deo valde displicerent, et sic attentarent efficere sibi non possibilia. Ergo nulli licet facere in praeiudicium. Minor probatur, quia manifestum iure naturali prohiberi ut quis alteri faciat quod sibi rationabiliter nolle fieri».

Secondo Las Casas le bolle alessandrine, con le concessioni fatte ai re cattolici, non intendevano privare *reges e domini naturales* delle rispettive giurisdizioni e proprietà⁵⁵. Questa conclusione discende, anzi tutto, dalla prassi della Sede Apostolica, che ha sempre difeso fino allo stremo tutto ciò che deriva dal diritto divino o naturale⁵⁶. Ma la conclusione è giustificata anche in base alla consolidata dottrina dei canonisti medievali (primo fra tutti Innocenzo IV), secondo la quale il papa non può privare né i cristiani né gli *infideles* dei propri *dominia e iurisdictiones*⁵⁷.

Ciò premesso, la giurisdizione dei re di Spagna sulle Indie non può trovare fondamento nella concessione papale. Essa può acquisire legittimità solo attraverso il consenso e l'approvazione dei popoli liberi: ciò è «naturale vel de iure naturali»⁵⁸. Ancora una volta Las Casas argomenta sull'autorità del diritto canonico medievale: allega, infatti, alcuni canoni, riguardanti le elezioni ecclesiastiche, nei quali si richiedeva il consenso del popolo dei fedeli. In questo

⁵⁵ Fray Bartolomé DE LAS CASAS, *De thesauris*, fijación del texto latino, traducción castellana, introducción e índices (ideológico y general) por A. LOSADA. Notas e índices de fuentes bíblicas, jurídicas y otras por M. LASSÈGUE, O.P. (Obras completas, 11.1), Madrid, Alianza Editorial, 1992, Caput VIII, 104; «Ergo Summus Pontifex, per sepe dictam de regibus nostris institutionem, non intellexit privare reges et dominos naturales illius Indiarum orbis suis dominiis, statibus regalibus vel honoribus, dignitatibus aut iurisdictionibus...».

⁵⁶ Bartolomé DE LAS CASAS, *De thesauris*, caput VIII (ed. cit., 105): «Tum 3º: quoniam Sedes Apostolica, per leges vel constitutiones vel donationes suas, non consuevit tollere, absque legitima causa, ea que iuris sunt naturalis vel gentium aut divini: quin potius ea usque ad animam et sanguinem servare inviolabiliter protestatur...».

⁵⁷ Bartolomé DE LAS CASAS, *De thesauris*, caput VIII (ed. cit., 105): «Tum 4º: per ea quae communiter omnes canonistae determinant in c. Quae in ecclesiarum, de constitutionibus (X.1.2.7), scilicet, Papam non posse privare infideles suis dominiis et iurisdictionibus quemadmodum nec christianos. Et signanter Innocentius in c. Quod super his, de voto. (X.3.34.8) quam sententiam tenent etiam theologi studiosiores iuris naturalis, et alibi latissime scripsimus». Cfr. Innocenzo IV, *Comm. in X.3.34.8*, n. 3 (*Commentaria Innocentii Quarti Pont. maximi super libros quinque Decretalium*, Francofurti ad Moenum, apud Sigismundum Feyerabendt, 1570, fol. 430ra): «dominia, possessiones et iurisdictiones licite sine peccato possunt esse apud infideles, hec enim non tantum pro fideli, sed pro omni rationabili creatura facta sunt... Ipse (*scil.* Deus) enim solem suum oriri facit super bonos et malos, et ipse et volatilia pascit, Matt. c. 5 circa finem et 6, et propter hoc dicimus, non licet pape vel fidelibus auferre sua, sive dominia sive iurisdictiones infidelibus, quia sine peccato ea possident».

⁵⁸ Bartolomé DE LAS CASAS, *De thesauris*, Caput XX (ed. cit., 230): «Cum ergo intervenire consensum et approbationem populi liberi ad constitutionem novi principis, sit naturale vel de iure naturali, et sic morale ad regulandum hominum actus: consequens est quod sic debeat in tempore gratie observari; atque proinde, in casu nostro, necessario haberi conveniat consensum illorum populorum et regum ipsorum, ad recipiendum regem nostrum...».

contesto non può mancare la citazione del principio *got*. Il principio, che vale all'interno della comunità ecclesiastica, vale a più forte ragione rispetto a un popolo libero, estraneo alla cristianità, ma avente «*proprios naturales reges non recognoscentes superiorem*»⁵⁹. Insomma, il governo spagnolo sui popoli delle Indie può considerarsi legittimo solo in quanto si fonda sul loro consenso. Tale consenso deve essere libero: non può essere estorto con la forza, ma piuttosto acquisito con la persuasione, con l'ausilio di buone ragioni e attraverso un approccio bonario o addirittura supplice⁶⁰.

8. IL PRINCIPIO «QUOD OMNES TANGIT» E IL COSTITUZIONALISMO OCCIDENTALE

Nonostante la distanza temporale che ci separa dagli uomini e dagli eventi sui quali mi sono soffermato, non posso trattenermi dal notare la modernità dei temi trattati e delle soluzioni enucleate dai giuristi medievali a partire dai materiali contenuti nel *Corpus iuris civilis* e nelle collezioni canoniche. Essi hanno elaborato una dottrina della partecipazione e del consenso nel quadro di una concezione corporativa della comunità e del suo governo. In tale teoria ha un ruolo centrale l'idea che le questioni che riguardano tutti devono essere trattate da tutti. Al giorno d'oggi non esiteremmo a dire che tale principio è intimamente connesso con le dinamiche delle istituzioni democratiche. I giu-

⁵⁹ Bartolomé DE LAS CASAS, *De thesauris*, Caput XX (ed. cit., 232): «Minor satis patet: in c. In nomine Domini, 23 dist (D. 23 c.1); ubi dicit Leo Papa: 'Nulla ratio sinit ut illi inter episcopos habeantur, qui nec a clericis sunt electi nec a plebibus expetiti'. Et d. c. Plebs, 63 dist. (D.63 c.11), cum sequentibus; ubi populus vocatur non ad eligendum, tamen ad consentiendum electioni praelati, per illam regulam iuris: "Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari", cum suis concordantiis, lib. 6 (VI 5.13.29) et glossa in c.1 62 dist. Notant a contrario sensu quod si populus non vult consentire electioni factae per collegium, potest electio irritari... Si ergo episcopus dari non debet invitis populis ne plebs invita episcopum contemnat vel odiat longe minus rector vel rex temporalis populo libero extraneo, gentili et infideli, proprios habenti et naturales reges non recognoscentes superiorem...».

⁶⁰ Bartolomé DE LAS CASAS, *De thesauris*, Caput XX (ed. cit., 236): «Ergo non potest eis dari rex novus nisi ipsi populi et quorum iuri detrahitur voluntarie consenserint. Si ergo requiritur necessario quod gentes illae principesque illarum consentiant electioni vel institutioni de rebus nostris Hispaniarum factae per Papam in dominos universales orbis illius, cum negotium sit gravissimum et valde onerosum utpote contra regnorum illorum naturalem libertatem ac servilem deterioremq; status omnium incolarum et regum seu magistratuum suorum conditionem, et propterea maxime odiosum: manifestum est oportere ad hoc eius modi consensum libere praestent, illos dulcissimis, mansuetissimis, immo supplicibus verbis suavibusque indictionibus et bonis rationibus moveri, induci et persuaderi, et non perfunctorie».

risti medievali hanno elaborato queste teorie prendendo spunto dal quadro istituzionale dei propri tempi: un quadro fitto di istituzioni di tipo monarchico (impero e regni); con una Chiesa a un tempo monarchica e collegiale nella sua articolazione tra *caput* e *membra*, riproducibile ai diversi livelli della sua struttura gerarchica; con le istituzioni cittadine che si collocano nell'orbita ideale o reale di una istituzione monarchica (l'impero o i diversi *regna*), o aspirano a una totale indipendenza (la *civitas que non recognoscit superiorem* ed è *sibi princeps*⁶¹, con il suo *regimen ad populum*⁶², della quale parla Bartolo da Sassoferrato).

In questo quadro istituzionale molto diversificato le riflessioni dei giuristi (ma anche di filosofi, teologi e scrittori politici) enucleano strumenti e procedure idonei a consentire la partecipazione della comunità (attraverso i suoi rappresentanti) al governo della *res publica*. In questo modo essi individuano nel *consensus* dei governati un limite al potere del principe o, più in generale, di chiunque abbia il governo della comunità. Nelle loro ricostruzioni, il principio della partecipazione e del consenso è visto discendere dalla ragione, appartiene al diritto naturale e delle genti. I giuristi medievali possono essere collocati a giusto titolo nella storia del costituzionalismo occidentale.

Bibliografia

BETTETINI, A., *Riflessioni storico-dogmatiche sulla regola "quod omnes tangit" e la "persona ficta"*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, I (Università degli Studi di Roma "La Sapienza"; Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza, Serie III, 90), CEDAM, Padova 2000, 193-230.

— *Formazione della volontà collegiale, principio democratico e verità nel diritto della Chiesa*, in A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (coord.), *El Ius Commune y la formación de las instituciones de Derecho Público*, Tirant Lo Blanc, Valencia 2012, 93-107 (già in A. LONGHITANO [cur.], *Repraesentatio. Sinodalità ec-*

⁶¹ Bartolo DA SASSOFERRATO, *Comm.* in D.49.1.1.3, n. 10 (*Bartholus super secunda ff. Novi, Venetiis*, per Baptistam de Tortis, 1526, fol. 226vb).

⁶² Bartolo DA SASSOFERRATO, *De regimine civitatis*, § 1: «... et istud regimen vocat Aristoteles politiam seu politicum. Nos autem vocamus regimen ad populum, et hoc quando tale regimen bonum est et per regentes consideratur bonum commune principaliter...» (D. QUAGLIONI, *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il «De tyranno» di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357). Con l'edizione critica dei trattati «De guelfhis et gebellinis», «De regimine civitatis» e «De tyranno»*, Firenze, Olschki, 1983, 150).

- clesiale e integrazione politica* [Studio Teologico San Paolo, Catania: Quaderni di Synaxis, 20], Giunti, Firenze 2007, 155-168).
- CALASSO, F., *I glossatori e la teoria della sovranità*, Giuffrè, Milano 1957.
- CHODOROW, S., *Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century. The Ecclesiology of Gratian's Decretum*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-London 1972, 199-210.
- CONDORELLI, O., *Principio elettivo, consenso, rappresentanza: itinerari canonistici su elezioni episcopali, provvisioni papali e dottrine sulla potestà sacra da Graziano al tempo della crisi conciliare (secoli XII-XV)* (I Libri di Erice, 32), Il Cigno, Roma 2003.
- *Ius e lex nel sistema del diritto comune (secoli XIV-XV)*, in A. FIDORA - M. LUTZ-BACHMANN - A. WAGNER (Hrsg.), *Lex und Ius. Lex and Ius. Beiträge zur Begründung des Rechts in der Philosophie des Mittelalters und der Frühen Neuzeit* (Politische Philosophie und Rechtstheorie des Mittelalters und der Neuzeit. Abteilung II: Untersuchungen, 1), Frommann-Holzboog, Stuttgart (Bad Cannstatt) 2010, 27-88.
- CONGAR, Y., “Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet”, *Revue Historique de Droit Français et Etranger* IV série, 36 (1958) 210-259, ora in IDEM, *Droit ancien et structures ecclésiale* (Collected Studies Series, 159), Variorum, London 1982, n. III.
- CORTESE, E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I-II (Ius Nostrum, 6.1-2), Giuffrè, Milano, 1962-1964.
- *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma, Bulzoni, 1966.
- «Sovranità (storia)», in *Enciclopedia del Diritto* 43, Giuffrè, Milano 1990, 205-224.
- FASOLT, C., *Quod omnes tangit ab omnibus approbari debet: The Words and the Meaning*, in S. B. BOWMAN - B. E. CODY, *In Iure Veritas: Studies in Canon Law in Memory of Schafer William*, University of Cincinnati-College of Law, Cincinnati 1991, 21-55.
- GIACCHI, O., *La regola “quod omnes tangit” nel diritto canonico*», *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche* 3 (1952) 77-100.
- GLOMB, A., «*Sententia plurimorum*». *Das Mehrheitsprinzip in den Quellen des kanonischen Rechts und im Schriftum der klassischen Kanonistik* (Böhlau, Köln-Weimar-Wien 2008).
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., *Consejo y consentimiento en los órganos colegiados canónicos. Su incidencia en el Derecho Público secular medieval*, Tirant Lo Blanc, Valencia 2007.

- El Ius Commune y la convocatoria de concilios y Cortes de León y Castilla en la Edad Media*, in A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (ccord.), *El Ius Commune y la formación de las instituciones de Derecho Público*, Tirant Lo Blanc, Valencia 2012, 109-164.
- GOURON, A., *Aux origines médiévales de la maxime “Quod omnes tangit”*, in J. L. HAROUËL (dir.), *Histoire du droit social. Mélanges en hommage à Jean Imbert*, Presses Universitaires de France, Paris 1989, 277-286, ora in IDEM, *Droit et coutume en France aux XII^e et XIII^e siècles* (Collected Studies Series, 422), Variorum, Aldershot-Brookfield 1993, n. XIII.
- GROSSI, P., “*Unanimitas*”. *Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*, Annali di Storia del Diritto 2 (1958) 229-331.
- HALL, E., *King Henry III and the English Reception of the Roman Law Maxim “quod omnes tangit”*, Studia Gratiana 15 (= *Post Scripta*), Romae 1972, 125-145.
- LEICHT, P. S., *Un principio giuridico medievale* (1920), ora in IDEM, *Scritti vari di storia del diritto italiano*, I, Giuffrè, Milano 1943, 129-141.
- MAHN-LOT, M., *Bartolomeo de las Casas e i diritti degli Indiani*, Payot, Paris 1982; traduzione italiana, Jaca Book, Milano 1985.
- MARONGIU, A., *Il principio della democrazia e del consenso. Quod omnes tangit ab omnibus approbari debet nel XIV secolo*, Studia Gratiana 8 (Bononiae 1962), 556-575, ristampato col titolo *Il principio della partecipazione e del consenso. Quod omnes tangit ab omnibus approbari debet nel XIV secolo*, in IDEM, *Dottrine e istituzioni politiche medievali e moderne. Raccolta* (Università di Roma, Facoltà di Scienze Politiche, 28), Giuffrè, Milano 1979, 255-279.
- MAYALI, L., *De la juris auctoritas à la legis potestas. Aux origines de l'Etat de droit dans la science juridique médiévale*, in J. KRYNEN - A. RIGAUDIÈRE (eds.), *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI^e-XV^e siècles)*, Presses Université de Bordeaux, Bordeaux 1992, 129-149.
- MERELLO ARECCO, I., *La máxima “Quod omnes tangit”. Una aproximación al estado del tema*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 27 (2005) 163-175.
- MIGLIORINO, F., “*Mysteria concursus*”. *Itinerari premoderni del diritto commerciale* (Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, N.S., 161), Giuffrè, Milano 1999, 153-164.
- PADOA-SCHIOPPA, A., *Note sul principio maggioritario nel diritto canonico classico*, in F. ROUMY - M. SCHMOECKEL - O. CONDORELLI (Hrsg.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur. II. Öffentliches Recht* (Norm und Struktur 37.2), Böhlau, Köln - Weimar - Wien 2011, 27-38.
- PARADISI, B., *Il pensiero giuridico dei giuristi medievali*, in FIRPO, L. (dir.), *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, II.2, UTET, Torino 1973, 211-342,

- ora in IDEM, *Studi sul medioevo giuridico* (Istituto Storico Italiano per il Medioevo, Studi Storici, 163-173), nella Sede dell'Istituto, Roma 1987, 263-433 (in particolare 395-401: a 401 per errore attribuisce a Ockham un pensiero di Lupold von Bebenburg).
- PENNINGTON, K., *Bartolomé de Las Casas and the Tradition of Medieval Law*, Church History 39 (1970) 149-161, ora in IDEM, *Popes, Canonists, and Texts 1150-1550* (Collected Studies Series, 412), Variorum, Aldershot 1993.
- Representation in Medieval Canon Law*, The Jurist 64 (2004) 361-383.
- Politics in Western Jurisprudence*, in A. PADOVANI - P. G. STEIN, *The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century* (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, 7), Springer, Dordrecht 2007, 157-211.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *De regia potestate. Democracia y derecho humanos en Bartolomé de las Casas*, in Fray Bartolomé DE LAS CASAS, *Obras completas*, 12. *De regia potestate*, edición de J. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Introducción de A. E. PÉREZ LUÑO. *Quaestio theologalis*, edición de A. LARIOS RAMOS, O.P. - A. GARCÍA DEL MORAL GARRIDO, O.P. (Alianza Editorial, Madrid 1990) I-XXXIX.
- POST, G., *Roman Law and Early Representation in Spain and Italy, 1150-1250*, Speculum 18 (1943) 211-232, ora in IDEM, *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton University Press, Princeton 1964, 61-90.
- Plena potestas and Consent in Medieval Assemblies*, Traditio 1 (1943) 355-408, ora in IDEM, *Studies in Medieval Legal Thought*, 91-162.
- A Romano-Canonical maxim, quod omnes tangit, in Bracton and in Early Parliaments*, Traditio 4 (1946) 197-251, ora in IDEM, *Studies in Medieval Legal Thought*, 163-238.
- QUAGLIONI, D., *La sovranità*, Laterza, Roma-Bari 2004.
- Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo 52 (2007/2008) 55-67.
- STEIN, P., *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, At the University Press, Edimburgh 1966, 149 ss.
- TIERNEY, B., *Foundations of the Conciliar Theory: the Contribution of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism* (Cambridge Studies in Medieval Life and Thought, n.s. 4), Cambridge University Press, Cambridge 1955 [volume ristampato con una Introduzione dell'Autore contenente aggiornamenti tematici e storiografici (Studies in the History of Christian Thought, 81), Brill, Leiden - New York - Köln 1998].

- Medieval Canon Law and Western Constitutionalism*, Catholic Historical Review 52 (1966) 1-17, ora in IDEM, *Church Law and Constitutional Thought in the Middle Ages* (Collected Studies Series, 90), Variorum, London 1979, n. XV.
- Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought 1150-1650* (The Wiles Lectures Given at the Queen's University of Belfast), Cambridge University Press, Cambridge 1983.
- The Idea of Representation in the Medieval Councils of the West*, in *Concilium*, 187 (1983), p. 25-30, ora in IDEM, *Rights, Law and Infallibility in Medieval Thought* (Collected Studies Series, 578), Variorum, Aldershot-Brookfield 1997, n. XI.
- Hierarchy, Consent and the "Western Tradition"*, Political Theory 15 (1987) 646-652, ora in IDEM, *Rights, Law and Infallibility*, n. XII.
- Aristotle and the American Indians*, in IDEM, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law, 1150-1625* (Emory University Studies in Law and Religion, 5), Scholar Press, Atlanta 1997, 255-287; traduzione italiana: *Aristotele e gli Indiani d'America*, in IDEM, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Il Mulino, Bologna 1997, 363-408.